

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO PARA A AQUISIÇÃO DE BENS SOB ENCOMENDA: POSICIONAMENTOS DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

ANDRÉ PATARO MYRRHA DE PAULA E SILVA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

andremyrrha@yahoo.com.br

Os bens sob encomenda, na conceituação de Marcello Muniz da Silva (2007), são aqueles desenvolvidos para um cliente específico, fazendo com que cada pedido se refira, quase sempre, a um bem diferente daquele que foi produzido anteriormente.

Partindo desse conceito, muitos autores defendem que a aquisição de bens sob encomenda não se coadunaria com a utilização da modalidade do pregão, que foi criada para a aquisição de bens e serviços comuns, padronizados e, por consequência, prontamente encontrados no mercado.

Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002), em comentário divulgado logo após a publicação da Lei nº 10.520/02, seguiu, mesmo que sem muita convicção, essa linha de pensamento.

Assim se manifestou o ilustre doutrinador:

Poder-se-á argumentar que as faixas estabelecidas na Lei 8.666 referem-se à aquisição de bens e serviços em geral, enquanto o Pregão somente poderá ser adotado para aquisição de 'bens e ser-

viços comuns'. Mas a nova lei não elenca o que seriam esses 'bens e serviços comuns', limitando-se a dar um conceito extremamente vago e amplo (art. 1º, parágrafo único), qual seja: '[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'. Raríssimos bens ou serviços poderiam ser excluídos desse conceito legal. Talvez apenas equipamentos fabricados sob encomenda e serviços técnicos altamente especializados. Isso significa que a regra contida na Lei 8.666 pode ser excepcionada de tal maneira que a exceção passe a ser a regra. (AMARAL, 2002).

Catanese e Murta (2010) fazem ainda menção ao entendimento do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Fúlvio Julião Biazzi, segundo o qual:

[...] além da definição objetiva do edital, é pressuposto dos bens e serviços comuns seu fácil acesso ao mercado correspondente, em razão de sua disponibilidade factual, que deve independer de encomenda ou especificação técnica.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2007, p. 39) é mais um a seguir esse raciocínio, defendendo que:

[...] há outros objetos que não são singulares, nem comuns. São aqueles que poderíamos chamar de bens sob encomenda, relativamente fungíveis, pois são cotejáveis, mas desenvolvidos para atendimento de uma solicitação específica.

O Governo do Estado da Bahia, por sua vez, publicou o manual "Guia do Pregoeiro" (BAHIA, 2004), no qual ensina que os bens sob encomenda contrapõem-se aos bens comuns, posicionamento que se coaduna com o exposto pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral da União no Estado de São Paulo, exarado no Parecer/AGU/NAJ/SP 375/2009-HMR.

Assim se manifestou a AGU:

Colhe-se na doutrina indicativos que contribuem para uma melhor definição do que vem a ser um bem ou serviço comum. Com

feito, bem comum é aquele que possui um objeto padronizado, *que não é produzido sob encomenda*, de forma específica e singular, o qual se encontra disponível no mercado, apresentando configuração um tanto quanto invariável. (grifo nosso).

Reforçando a tese, Márcio dos Santos Barros (2005, p. 316-317) ensina que os bens comuns “são bens padronizados, que não possuem uma singularidade ou especificidade próprias dos bens produzidos por encomenda”.

Dentre os atos normativos internos que proíbem expressamente a utilização do pregão para a aquisição de bens sob encomenda, podemos citar o Decreto Judiciário nº 12/03 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que no art. 4º estabelece:

art. 4º A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral própria, bens e serviços de informática, *bens sob encomenda*, serviços de natureza intelectual (elaboração de projetos, consultoria, pareceres técnicos e outros bens infungíveis), bem assim aqueles insuscetíveis de comparação direta.

Necessário, ainda, fazer menção ao Projeto de Lei nº 7.709/07 da Câmara dos Deputados, que buscava dar nova redação ao § 2º do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, deixando expresso que a modalidade do pregão não poderia ser utilizada para a aquisição de bens ou equipamentos fabricados sob encomenda para entrega futura. A justificativa para essa proibição seria de que:

A modalidade Pregão somente deve ser utilizada para compra de bens comuns padronizados, que resultem em contratos de execução imediata, e não de execução diferida ou continuada, como são os contratos de compra e venda de bens sob encomenda para entrega futura, obras e serviços de engenharia. Até porque a Lei do pregão veda a exigência de garantia de proposta, o que toma temerário para a Administração a contratação e pagamento de bens e serviços para entrega futura. Ou seja, o

Pregão exige condições de contratação e pagamento simples e corriqueiras, contra a entrega de bens, o que não se coaduna com o padrão dos contratos de bens sob encomenda ou serviços de engenharia.

O Senado, na Emenda nº 50/07 ao Projeto de Lei nº 32/07, seguiu a mesma linha de raciocínio, aduzindo que:

O pregão deve restringir-se à aquisição de bens e serviços efetivamente comuns, assim entendidos aqueles que não dependam de projeto específico e não requeiram verificação mais acurada da qualificação técnica e econômico-financeira do licitante. Com efeito, os contratos que objetivam a aquisição de bens ou equipamentos fabricados sob encomenda para entrega futura ou a execução de obras públicas são complexos e demandam, por um lado, prévia verificação da qualificação técnica e econômico-financeira das empresas que se propõem a executar tais objetos e, por outro lado, a realização de estudos e projetos, a execução continuada e fiscalização por parte da Administração. Os produtos destes contratos não são fabricados em série e nem estão ‘na prateleira’, disponíveis à aquisição por meios simplificados de licitação como o pregão.

Entretanto, esse dispositivo foi retirado da redação final, optando-se pela permanência da redação genérica prevista na Lei nº 8.666/1993, que permite a utilização do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns.

Há quem diga, ainda, que o festejado doutrinador Marçal Justen Filho (2003) também defenderia que a aquisição de produtos sob encomenda não se coadunaria com a sistemática do pregão¹.

Aduz o renomado administrativista:

[...] há casos em que a Administração necessita de bens que estão disponíveis no mercado, configurados em termos mais ou

¹ Nesse sentido, cf. Neves (2008). Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11284>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

menos invariáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para produção do objeto [...] de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse público. *Em outros casos, o objeto deverá ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto.* (JUSTEN FILHO, 2003, p. 22 e 30, grifo nosso).

Parece-nos, entretanto, não ser essa a melhor leitura da obra do eminente autor paranaense.

Em obra posterior, esse mesmo autor é claro ao admitir a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens sob encomenda quando o bem não possui especificações técnicas diferenciadas, como se depreende do seguinte trecho:

Para ser mais preciso, até se pode admitir que a Administração possa adquirir produtos sob encomenda, não disponíveis no mercado, valendo-se de licitação de menor preço quando sua necessidade não exigir variações técnicas, qualidades especiais ou atributos diferenciados por parte dos bens e serviços que pretende adquirir. (JUSTEN FILHO, 2008, grifo nosso).

Esse entendimento, ademais, coaduna-se melhor com a intenção do legislador ao criar o citado diploma normativo, com o qual buscou proporcionar agilidade na aquisição, pela Administração Pública, de bens e serviços considerados comuns.

Bens e serviços comuns, na dicção do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Percebe-se, assim, que não há na lei nada que impeça a aquisição de bens sob encomenda, o que corrobora a tese que ensina que, onde o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo².

² Nesse sentido, cf. Resp. nº 590.936 do Superior Tribunal de Justiça e Processo nº 1.0145.03.066807-6/001 do TJMG.

Hely Lopes Meirelles (2002, p. 97), por sua vez, argumentando ser o conceito legal extremamente insuficiente, esclarece que “o que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”.

Parece-nos, assim, que o conceito-chave acerca do tema não seria a facilidade de se encontrar o produto pronto e disponível no mercado, mas sim a sua caracterização com base na padronização advinda da especificação adequada do objeto. Queremos, com isso, dizer que o fato de determinado objeto vir a ser produzido sob encomenda não é justificativa suficiente para afastá-lo do conceito de bem comum.

Aliás, é importante salientar que nem mesmo a complexidade do objeto impede a utilização do pregão, como bem ressaltado pelo Tribunal de Contas da União, na Nota Técnica nº 02/08 – SEFTI/TCU:

O bem ou serviço que apresenta características tecnológicas complexas não deixa de ser comum se o mercado padroniza tais características, a ponto de permitir sua descrição objetiva no edital e sua perfeita identificação pelo mercado³.

Reforça-se, assim, o nosso entendimento de que o importante para a caracterização do bem ou do serviço como comum é a sua padronização pelo mercado.

Seguindo esse posicionamento, Scarpinella (2003) esclarece que a Lei do Pregão deve ser interpretada de maneira mais ampla, englobando “bens e serviços com metodologia de produção e execução conhecida no mercado, sejam eles com ou sem complexidade tecnológica, *feitos ou não sob encomenda*”. (grifo nosso).

Parece-nos ser este o entendimento que os Tribunais de Contas pátrios vêm seguindo, conforme se depreende dos termos do

³ Cf. Acórdãos do Tribunal de Contas da União nº 313/2004 – Plenário, 1.114/2006 – Plenário e 2.658/2007 – Plenário.

Acórdão nº 313/04 do Tribunal de Contas da União:

Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002 [...], bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, *não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda.* (grifo nosso).

Defendendo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, no Processo nº 1.630/03, assim se manifestou:

De fato, como asseverou a signatária da representação, os veículos de atendimento emergencial e salvamento licitados no caso em tela necessitam de especificação detalhada, conforme apresentado no anexo I do instrumento editalício, fls. 06/20. Não se trata, é bem verdade, de produtos fabricados em série, haja vista a singularidade do uso a que se destinam. Portanto, só podem (ou é provável que somente possam) ser fornecidos sob encomenda. *Todavia, não nos parece inviável adquiri-los em procedimento mais célere, como o pregão.* As numerosas especificações dos veículos licitados podem dar falsa impressão de que esses destoam da linha de produção das empresas do ramo, mas apenas exigem uma adequação do veículo para a necessidade da Corporação. Aliás, a nosso ver, as especificações constantes do anexo do edital são claras e objetivas, não compreendendo dificuldades na avaliação do pregoeiro quanto ao atendimento ou não dos requisitos impostos. [...] *O simples fato de a produção efetuar-se sob encomenda não descarta a possibilidade de utilização do pregão para seleção de empresa fornecedora do bem.* (grifo nosso).

Corroborando o entendimento acerca da possibilidade de utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens sob encomenda, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 422-423) ensina que:

A norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características não expressas na norma. São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, deixando-se de exigir em razão do veto ao art. 2º, a necessidade de regulamento para definir quais são os bens e serviços.

O conceito é:

[...]

e) *genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto* seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, *pronto ou sob encomenda*. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;

[...]

Afastam-se com isso:

a) a pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade;

b) a pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT;

c) a pretensão que esteja constante de elenco definido em Decreto ou regulamento;

d) *a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e*

e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/93 que justificam a contratação por inexigibilidade porque só um atende as características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto. (grifo nosso).

Percebe-se, assim, que não é o fato de existirem exigências técnicas específicas para a produção de determinado objeto que impedirá sua aquisição pelo pregão.

Portanto, a aquisição de bens sob encomenda – desde que se trate de bens comuns, aferíveis objetivamente quanto aos critérios de desempenho e qualidade – não nos parece incompatível com a figura do pregão.

Referências bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Novas considerações sobre o Pregão*. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/pareceres/cintra71.php>. Acesso em: 3 maio 2011.

BAHIA. Secretaria da Administração. *Guia do Pregoeiro*. 2. ed. Salvador: SAEB/SGP/CCL, ago. 2004. 76 p.

BARROS, Márcio dos Santos. *502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.709, de 2007.

BRASIL. Senado Federal. Emenda n. 50, de 2007 ao Projeto de Lei n. 32, de 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 313/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 1.114/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 2.658/2007.

CATANESE, Elisabeth Di Fuccio; MURTA, Camila Cristina. *Inviabilidade do pregão para obras de engenharia complexas*. 2010. Disponível em: <<http://www.catanesemurta.com.br/pdf/INVIABILIDADE%20DO%20PREGAO%20PARA%20OBRAS%20>

DE%20ENGENHARIA_BE_CA_ok.pdf >. Acesso em: 3 maio 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado da AASP*, n. 93, São Paulo, set. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NEVES, Marcelo. A resposta do mercado como orientação binária (sim-não) para o enquadramento da licitação de bens e serviços de informática na modalidade pregão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.785, 21 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11284>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade Pregão* (Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002). São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcello Muniz da. *Análise da estrutura de financiamento à indústria naval no Brasil*. 2007. 346 f. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica, 2007.

SILVA, Orlando Gomes da. *Pregão Presencial e Eletrônico: Manual do Pregoeiro*. 2. ed. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 2002.